

## LA BRECHA ENTRE EL COMPROMISO Y EL CUMPLIMIENTO CON LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

### Reflexiones sobre los avances y retrocesos en materia de justicia indígena en Ecuador

LIESELOTTE VIAENE\* and GUILLERMO FERNÁNDEZ-MALDONADO\*\*

#### *Resumen*

*Mientras las décadas anteriores estuvieron marcadas por la creación de nuevas normas internacionales en torno a los derechos humanos de los pueblos indígenas, los debates actuales se centran en la cuestión fundamental de cómo se puede cerrar la brecha de su implementación. Este artículo analiza los procesos socio-políticos en Ecuador en torno a la creación de legislación nacional sobre la coordinación y*

\* Lieselotte Viaene es antropóloga, con PhD en Derecho (2011, Universidad de Gante, Bélgica), especializada en derechos humanos interculturales, justicia transicional, derechos de los pueblos indígenas y pluralismo jurídico con amplia experiencia en Guatemala, Ecuador y Perú. Trabajó en la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH) en Ecuador (2010-2013) donde coordinó las actividades de las áreas de derechos colectivos y justicia transicional. Desde septiembre 2016 es Marie Curie Research Fellow con el Centre for Social Studies (CES), University of Coimbra (Portugal) y es también investigadora post-doctoral asociada del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Gante (Bélgica). <lieselotteviaene@ces.uc.pt>.

\*\* Guillermo Fernández-Maldonado Castro es abogado especializado en derechos humanos y funcionario de OACDH. Estudió derecho en la Universidad Católica del Perú donde obtuvo el título de abogado (1984). Es Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares, España (1987) y Máster de Administración Pública por el Instituto Nacional de Administración Pública, España (1987). Fue asesor jurídico del Congreso del Perú (1981-1991) y luego ha trabajado como funcionario internacional de la ONU en temas de derechos humanos en la Comisión de la Verdad de El Salvador (1992), en la Misión de Observadores de Naciones Unidas en El Salvador - ONUSAL (1993-1994), en la Misión de Naciones Unidas para Guatemala - MINUGUA (1994-2004), en la Misión de Naciones Unidas para Afganistán - UNAMA (2004-2007) y como Asesor en Derechos Humanos del Sistema de la ONU en Ecuador (2007-2014). Desde octubre de 2014 es el Jefe Adjunto de la Oficina de OACDH en Colombia. <guillermofm2003@yahoo.com>.

Descargo de responsabilidad: Las opiniones expresadas pertenecen a los autores y no reflejan necesariamente la posición de las Naciones Unidas.

Disclaimer: The views expressed herein are those of the authors and do not necessarily reflect the views of the United Nations.

*cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, con el objetivo de contribuir con un mejor entendimiento de las múltiples tensiones y obstáculos en la vigencia efectiva de los derechos de los indígenas. Asimismo desvela la interacción entre las normas internacionales, las relaciones de poder y los intereses de distintos actores estatales, demostrando que los derechos humanos hoy están en el centro de luchas políticas y de poderes por determinar su alcance y contenido.*

### Abstract

*Whereas the previous decades were marked by the creation of new international norms of human rights for indigenous people, the big question that currently dominates the ongoing debate is how the implementation gap can be bridged. This paper analyzes the socio-political process going on in Ecuador that is related to the creation of domestic legislation; about the cooperation and coordination between indigenous jurisdiction and ordinary jurisdiction. It contributes to a deeper understanding of the multiple tensions and obstacles in the effective application of indigenous peoples' rights. By unraveling the interaction between international norms, power relations, and interest of distinct state actors, this paper demonstrates that human rights are at the heart of political struggles and power to determine its reach and content.*

## 1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el derecho internacional ha evolucionado de la exclusión y negación histórica de derechos de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus derechos individuales y colectivos. Hoy podríamos hablar de un paquete global de derechos humanos de pueblos indígenas compuesto por el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (Declaración), las directivas del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre los derechos de los pueblos indígenas, el Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, los mecanismos de supervisión de la OIT y la jurisprudencia de cortes regionales de derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos.

Este paquete global reconoce a los pueblos indígenas derechos para garantizar preservarse y desarrollarse como culturas singulares, con libre determinación; tierras y territorios; formas de organización social, política, jurídica y económica propias; educación intercultural; costumbres y sistemas jurídicos; participación en la toma de decisiones del Estado, entre otros.

Estas normas internacionales han sido fruto de un largo proceso de discusión y abogacía política de los movimientos indígenas ante la comunidad internacional, en particular desde América Latina, para contextualizar los derechos humanos a su situación y que se reconozca que su identidad individual es inseparable de sus comunidades. Esta adecuación convierte a los pueblos indígenas en sujetos colectivos del derecho internacional de los derechos humanos y tiene por objetivo “poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones”.<sup>1</sup> Además, la implementación de estos derechos contribuye con una profunda descentralización de las instituciones del Estado, lo que cuestionaría substancialmente la unidad política y legal de los estados liberales.<sup>2</sup>

Mientras que los Estados asumen cada vez más obligaciones internacionales de derechos humanos mediante la suscripción de instrumentos o la ratificación de tratados internacionales, en la práctica existe una gran brecha en su efectivo cumplimiento.<sup>3</sup> Hace una década el primer Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, diagnosticó una brecha de implementación entre los avances tanto en la esfera internacional como nacional y la realidad cotidiana donde las normas no se aplican y estos derechos no tienen vigencia.<sup>4</sup> Todavía hoy los pueblos indígenas siguen enfrentando situaciones sistemáticas de vulnerabilidad, exclusión política, extrema pobreza, amenazas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales e irrespeto de sus formas culturales de gobierno y administración de justicia. Por ello la ONU, en el marco del Día Internacional de los Pueblos Indígenas en 2014, hizo un fuerte llamado a los Estados para “acortar” estas brechas de implementación.<sup>5</sup>

Cada vez más los debates internacionales se centran en los medios y las experiencias concretas sobre cómo puede el Estado cumplir de manera efectiva su obligación de garantía de los derechos de los pueblos indígenas, a través, por ejemplo, de la elaboración y aplicación de normas, la construcción e implementación de políticas públicas y la dotación de los fondos necesarios.

<sup>1</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Adición La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, UN Doc. A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, párr. 41.

<sup>2</sup> R. Wilson, “Tyrannosaurus lex: the anthropology of human rights and transnational law”, en M. Goodale y S.E. Merry (eds.), *The Practice of Human Rights. Tracking Law Between the Global and the Local* (Cambridge, Cambridge University Press, 2007), p. 354.

<sup>3</sup> X. Dai, “The ‘compliance gap’ and the efficacy of international human rights institutions”, en T. Risse, S.C. Ropp y K. Sikkink (eds.), *The Persistent Power of Human Rights. From Commitment to Compliance* (Cambridge, Cambridge University Press, 2013), p. 85.

<sup>4</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Las Cuestiones Indígenas*, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, 2006, E/CN.4/2006/78, 16 de febrero de 2006.

<sup>5</sup> Ver: el pronunciamiento conjunto de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay, y el Director de la Organización Internacional del Trabajo, Guy Ryder: [http://hchr.org.mx/files/comunicados/2014/08/1470809\\_DaIntlPueblosIndgenas\\_MensajePillay.pdf](http://hchr.org.mx/files/comunicados/2014/08/1470809_DaIntlPueblosIndgenas_MensajePillay.pdf).

Sin embargo, en la literatura e investigación de derechos humanos está poco estudiado el por qué, cómo y bajo qué condiciones normas internacionales de derechos humanos son internalizadas en prácticas domésticas.<sup>6</sup> Asimismo, existe poco conocimiento empírico sobre los esfuerzos, o su ausencia, de los portadores de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos para cumplirlas y sobre la interacción entre estas normas internacionales, los contextos socio-políticos particulares y las estructuras domésticas.<sup>7</sup> En el caso de los pueblos indígenas, existe una brecha de conocimiento empírico sobre el por qué, a pesar de estos significativos avances normativos, persiste un estancamiento e incluso retroceso en la implementación práctica de las obligaciones internacionales en materia de derechos colectivos por parte de los Estados. Identificar y comprender sus causas y dinámicas es fundamental para poder elaborar estrategias y políticas para cerrar las brechas de implementación efectiva de estas obligaciones.

El objetivo de este artículo es doble. Por un lado intenta contribuir con una mayor comprensión del alcance y posibles causas de la brecha entre la obligación estatal y su cumplimiento efectivo en torno al derecho de los pueblos indígenas a administrar su derecho propio, una materia que siempre ha generado mucho debate y controversia en el mundo de derechos humanos. Por otro lado busca detallar y analizar las interacciones entre las normas de derechos humanos, los poderes políticos y los intereses institucionales, para dar luces sobre los avances y los retrocesos en esta materia en los últimos años.

En materia de la justicia indígena, la Declaración, en su Artículo 5, establece que “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”, señalando además, en el Artículo 34, el derecho a “promover, desarrollar y mantener sus costumbres o sistemas jurídicos.” Por su lado el Convenio 169 de la OIT, en el Artículo 8, establece que la aplicación de la legislación nacional a los pueblos indígenas deberá tomar “debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” y que “siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.”

Las facultades normativas para generar y administrar su derecho propio en su territorio son un componente sustancial del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Estados que se adscriben a estas normas internacionales reconocen la existencia del pluralismo jurídico o “de más de un orden o mecanismo legal en un

solo espacio socio-político, basado en diferentes fuentes de validez última y mantenido por formas de organización diferentes a la del Estado”<sup>8</sup>, lo cual si bien reconoce una realidad vigente, conlleva una ruptura del paradigma del monopolio de la justicia estatal ordinaria.

Ante estos planteamientos, el caso de Ecuador reviste particular interés por varias razones. Desde 2007, cuenta con una constitución considerada entre las más avanzadas por reconocer un amplio catálogo de derechos humanos cuyo respeto, protección y garantía sin discriminación define como el principal deber del Estado. Estas garantías constitucionales son fortalecidas por los principios de la aplicación directa y justiciabilidad de todos los derechos reconocidos en la constitución y en los instrumentos internacionales, incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales. La constitución marca también una transformación profunda al definir Ecuador como un Estado Intercultural y Plurinacional, incluir el principio indígena del ‘Sumak Kawsay o Buen Vivir’<sup>9</sup> y reconocer la naturaleza como sujeto de derechos. La constitución reconoce una serie de derechos colectivos a los pueblos y nacionalidades indígenas, entre ellos el derecho a la justicia propia. Además organiza la justicia en Ecuador sobre dos jurisdicciones: la indígena y la ordinaria. La constitución reconoce la paridad entre ambas jurisdicciones, cuyas relaciones se rigen por los principios de cooperación y coordinación.

Esta transformación constitucional tuvo lugar en el contexto del proceso de la adaptación de la Declaración. Ecuador ratificó también el Convenio 169 de la OIT en 1997, el mismo año en que el país vivió su primera transformación constitucional profunda, caracterizada no solo por el reconocimiento de derechos colectivos tanto a los pueblos indígenas como los afroecuatorianos, sino también el reconocimiento del pluralismo jurídico y del derecho de los pueblos indígenas de administrar justicia. Esto indica que el proceso normativo constitucional interno recibió la influencia del avance normativo internacional sobre derechos de los pueblos indígenas.

El presente análisis parte de dos premisas teóricas. Primero, el derecho, entendido como una amplia gama de fenómenos legales, es una fuente para “constituir y legitimar poder”<sup>10</sup>, junto con estándares morales y éticos. En cuanto al nivel institucional legal, el derecho define “relaciones y posiciones de poder de personas u organizaciones, sobre personas, organizaciones otros recursos en términos de derechos y obligaciones generales”<sup>11</sup>. Segundo y vinculado con ello, se debe reconocer que los cambios inducidos por la ley en un país son determinados por la interacción entre poder, luchas

<sup>8</sup> F. von Benda-Beckman, “Who’s afraid of legal pluralism?”, 47 *Journal of Legal Pluralism* (2002), p. 37.

<sup>9</sup> El concepto de Buen Vivir es derivado de la noción Quechua *sumak kawsay* que refiere a la filosofía andina donde los seres humanos son parte de la Pachamama/Madre Tierra.

<sup>10</sup> F. von Benda-Beckman, K. von Benda-Beckman y A. Griffiths, “The power of law”, en F. von Benda-Beckman, K. von Benda-Beckman y A. Griffiths, *The power of law in a transnational world: anthropological enquiries* (New York, Berghan, 2009), p. 1.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 4.

políticas e intereses instrumentales de actores.<sup>12</sup> Es decir, el Estado “no es una caja negra”<sup>13</sup>, sino que está compuesto por distintas instituciones e individuos y todavía es incipiente la comprensión sobre cómo normas internacionales y nacionales influyen en el comportamiento de los actores estatales. Además, esta heterogeneidad estatal entra también en negociación sobre sus relaciones con los ciudadanos y el control sobre ellos.<sup>14</sup>

A continuación, tras describir el contexto general del reconocimiento del derecho indígena en América Latina y Ecuador, pasamos a documentar y analizar las dinámicas políticas en Ecuador, tanto en el poder ejecutivo como el legislativo, sobre los procesos de construcción de una norma nacional sobre la coordinación y cooperación entre la justicia indígena y justicia ordinaria que se han generado desde 2009. Después se analiza la sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador sobre el caso conocido como la Cocha 2, de mayo 2014, considerado como un profundo retroceso en el reconocimiento del pluralismo jurídico en el país. El artículo finaliza con unas breves observaciones y conclusiones.

Este trabajo está basado, además de fuentes académicas y normativas, en la experiencia profesional de ambos autores por varios años en Ecuador, en particular en tareas de cooperación técnica en materia de derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho propio.<sup>15</sup> Además, durante los meses de septiembre y octubre de 2014, se realizaron entrevistas sobre estos procesos de elaboración normativa con sus principales actores políticos, tanto oficialistas como de oposición y de la sociedad civil.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> T. Risse y K. Sikkink, “The socialization of international human rights norms into domestic practices: introduction”, en T. Risse, S.C. Ropp y K. Sikkink (eds.), *The power of human rights: international norms and domestic change* (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), p. 9.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>14</sup> *Ver supra* n. 10, p. 3.

<sup>15</sup> Guillermo Fernández-Maldonado fue el Asesor en Derechos Humanos del Sistema de la ONU en Ecuador (2007-2014) y Lieselotte Viaene fue integrante de esta presencia de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos – OACDH Ecuador (2010-2013) donde coordinó las actividades de las áreas de derechos colectivos y justicia transicional.

<sup>16</sup> Entrevistas con: María Paula Romo (Presidente de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional de agosto 2009 a julio 2011. Fue asambleísta en la asamblea constituyente y luego en la asamblea nacional para el período 2009-2013. En 2004 fue una de las fundadoras del grupo político de izquierda Ruptura de los 25. El grupo se separó del gobierno por la consulta popular realizada por el presidente Correa en 2011, a la que se oponían por considerar que se excedía en sus funciones al intervenir el sistema de justicia); Mauro Andino (presidente) y miembros de la Comisión de Justicia y Estructura de la asamblea nacional; Carlos Poveda (abogado litigante en casos de justicia indígena y exconsultor OACDH), Ramiro Ávila Santamaría (profesor universitario y ex funcionario del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos).

## 2. TRANSFORMACIÓN DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA LATINA: RECONOCIENDO EL PLURALISMO JURÍDICO Y LA JUSTICIA INDÍGENA

En las últimas cuatro décadas América Latina experimentó cambios fundamentales: el constitucionalismo liberal clásico del Estado-nación del siglo XIX evolucionó hacia el horizonte del constitucionalismo multicultural y plural.<sup>17</sup> Las nuevas constituciones reconocieron gradualmente el multiculturalismo de sus sociedades y una serie de derechos a los pueblos indígenas como sujetos colectivos. Estas innovaciones son tanto reflejo de las nuevas normas internacionales sobre derechos de pueblos indígenas como producto de las demandas permanentes del movimiento indígena.<sup>18</sup> Sin embargo, esta evolución a primera vista positiva, es criticada y calificada como “multiculturalismo neoliberal”<sup>19</sup>, porque es paralela a políticas macroeconómicas y neoliberales que destruyen los medios de vida indígenas, dejando en un plano declarativo los enfoques constitucionales y los derechos reconocidos.

Un elemento esencial de las luchas del movimiento indígena de América Latina ha sido el reconocimiento y fortalecimiento de las normas, prácticas y autoridades que constituyen el derecho indígena.<sup>20</sup> Por lo tanto una característica importante de la adaptación de este constitucionalismo multicultural, sobre todo en la región andina, fue el reconocimiento del pluralismo jurídico, y de forma creciente la jurisdicción indígena, en las nuevas constituciones de Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994, 2003 y 2009), Ecuador (1998, 2008) y Venezuela (1999). Este reconocimiento marca una nueva etapa de especial importancia en el tratamiento de la población indígena en general y sus propios sistemas normativos en particular, porque logró romper la identidad de Estado-derecho vigente desde la independencia de España.<sup>21</sup> Bajo dicho modelo de asimilación regía el monismo jurídico que implica “la existencia de un

<sup>17</sup> Raquel Yrigoyen hace la distinción interesante entre tres ciclos de reformas constitucionales: constitucionalismo multicultural (1982-1988), pluricultural (1982-2005) hasta plurinacional (2006-2009). Ver: R. Yrigoyen Fajardo, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en C. Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011), pp. 139-159.

<sup>18</sup> Quince países latinoamericanos han ratificado el Convenio 169 de la OIT, instrumento internacional que genera obligaciones a estos Estados. Además, casi todos los Estados de América Latina han apoyado la aprobación de la Declaración.

<sup>19</sup> C. Hale, “Neoliberal Multiculturalism: The Remaking of Cultural Rights and Racial Dominance in Central America”, 28(1) *Political and Legal Anthropology Review* (2010), pp. 10-28.

<sup>20</sup> R. Sieder, “Introducción”, en R. Sieder y C. Flores Arenales, *Vergüenza. Autoridad, autonomía y derechos indígena en la Guatemala de posguerra*, (Guatemala, F&G Editores, 2011), p. 17.

<sup>21</sup> Para un análisis más profundo de las varias etapas del tratamiento jurídico-político del derecho indígena en América Latina desde la época colonial, ver: R. Yrigoyen Fajardo, “Hitos del Reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, en M. Berraondo (coord.), *Pueblos Indígenas y derechos humanos* (Bilbao, Universidad de Deusto, 2006), pp. 537-567.

único sistema jurídico dentro de un Estado y una ley general para todos los ciudadanos<sup>22</sup>, es decir, sólo los órganos del Estado pueden emitir normas jurídicas.

Actualmente, el reconocimiento constitucional del pluralismo legal se caracteriza por una “una relación horizontal”<sup>23</sup> entre la jurisdicción indígena y jurisdicción ordinaria, expresado como coordinación y compatibilización. Un extenso cuerpo de literatura antropológica sobre pluralismo jurídico en América Latina demuestra que en la práctica ha existido una *coordinación desde abajo* de manera diversa entre los operadores de justicia estatal y autoridades indígenas sobre casos específicos.<sup>24</sup> Es la *coordinación desde arriba* la que ha sido polémica, porque las discusiones se han centrado en los límites de las competencias personales, materiales y territoriales de la justicia indígena y su compatibilidad con los derechos humanos sin una visión intercultural.

Un nuevo hito en este proceso son las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), que responden a la demanda de descolonizar y reconfigurar las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, mediante la ampliación de los derechos de participación y el reconocimiento de nuevos derechos colectivos a los pueblos indígenas y también a la naturaleza.<sup>25</sup> Estas constituciones trascienden proyectos anteriores de reforma, marcan rupturas paradigmáticas y abren un nuevo ciclo llamado “constitucionalismo transformador”.<sup>26</sup> En materia de justicia indígena también es muy innovador porque el pluralismo jurídico ya no se fundamenta sólo en el reconocimiento de la diversidad cultural, sino en el derecho de la libre determinación de los pueblos indígenas.<sup>27</sup>

Tras estas innovaciones, en últimos años varios países de Latinoamérica avanzaron en la regulación legal de los mecanismos de coordinación y cooperación entre ambas jurisdicciones. A finales de 2010, Bolivia fue el primer país que aprobó una ley que regula esta relación, conocida como la Ley de Deslinde Jurisdiccional.<sup>28</sup> Sin embargo, su aprobación parlamentaria no tomó en cuenta los resultados de un amplio proceso

<sup>22</sup> Ver *supra* n. 17, p. 139.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>24</sup> M.T. Sierra (ed.), *Haciendo justicia: interlegalidad, derecho y género en regios indígenas* (México, CIESAS y Miguel Ángel Porrúa, 2004); R. Huber (ed.), *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena* (México, Konrad-Adenauer Stiftung, 2008); E. Córdor Chuquiruna (coord.), *Normas, procedimientos y sanciones de la justicia indígena en Colombia y Ecuador*, (Lima, Comisión Andina de Juristas, 2012); B. de Sousa Santos y A. Grijalva Jiménez, (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Quito, Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, 2012); R. Sieder y C.Y. Flores, *Dos justicias: Coordinación interlegal e intercultural en Guatemala* (Guatemala, F&G Editores, 2012).

<sup>25</sup> B. de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, (Quito, Ediciones Abya-Yala, 2010) y R. Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008* (Quito, AbyaYala/Universidad Politécnica Salesiana y Universidad Simón Bolívar, 2011).

<sup>26</sup> *Ibid.*, pp. 103–118.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>28</sup> Ley N° 073, Ley de Deslinde Jurisdiccional, 29 de diciembre 2010. Gaceta Oficial de Bolivia.

de consulta pre-legislativa organizado por el Ministerio de Justicia, en coordinación con organizaciones indígenas y campesinas.<sup>29</sup> La ley recibió duras críticas porque “reproduce el colonialismo jurídico”<sup>30</sup> al violar la norma constitucional de la igualdad jerárquica de la justicia indígena y la justicia ordinaria, porque excluye de la competencia de la justicia indígena a los delitos en contra de la integridad de niños, niñas y adolescentes, violación, asesinato u homicidio. También en Perú está en curso un debate nacional sobre la necesidad y el contenido de una ley sobre los mecanismos de coordinación intercultural entre ambas justicias.<sup>31</sup> Ecuador también fue escenario de importantes procesos que buscaron desarrollar una ley nacional en materia de justicia indígena, caso que se analiza a continuación.

### 3. LA CONSTITUCIÓN DE ECUADOR (2008): LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN PIE DE IGUALDAD CON LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

En línea con las transformaciones constitucionales de otros países andinos, Ecuador reconoció por primera vez en 1997 la diversidad cultural de su sociedad. Sin embargo, tal como ocurrió en otros países de Latinoamérica, las disposiciones de esta nueva constitución nunca se aplicaron, por lo que quedaron sólo como “un reconocimiento formal de la diversidad cultural en el país”.<sup>32</sup>

Una nueva etapa la marcó la constitución de 2008 que, como se mencionó, trajo un cambio paradigmático por definir al Ecuador como un Estado intercultural y plurinacional (Art. 1). En su preámbulo incorpora el valor colectivo indígena de *Sumak Kawsay* o Buen Vivir como principio esencial y un nuevo marco de referencia de gobernabilidad política y legal. Desde la óptica de los derechos humanos, estas nuevas nociones constitucionales llevan aparejadas el reconocimiento de los pueblos indígenas, el pueblo afroecuatoriano y el pueblo Montubio como titulares de 21 derechos colectivos (Arts. 57–60), tales como el derecho a la identidad cultural, la no

<sup>29</sup> Ministerio de Justicia/Viceministerio de Justicia Indígena Originaria Campesina, FORDECAP- Pueblos Indígenas y Empoderamiento (EMPODER), *Sistematización del proceso de consulta a los pueblos indígenas originarios campesinos. Anteproyecto de Ley de Deslinde Jurisdiccional* (Bolivia, Ministerio de Justicia, 2010).

<sup>30</sup> Z. Quispe Colque, *Bolivia. La justicia indígena y la ley de deslinde jurisdiccional*, Servindi, 30 de agosto 2011. Disponible en: <http://servindi.org/actualidad/50336>.

<sup>31</sup> En noviembre de 2013, La Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicas, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República aprobó un dictamen que propone la Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia. Este dictamen se base principalmente en un proyecto de ley presentado por la Corte Suprema de la República (Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia de Perú, número 313/2011).

<sup>32</sup> R. Llaság Fernández, “Movimiento indígena del Ecuador a partir del siglo XX: visibilizando el resurgir, sus avances y retrocesos”, en B. de Sousa Santos y A. Grijalva Jiménez (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Quito, Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, 2012), p. 134.

discriminación, la consulta previa, libre e informada, educación intercultural y bilingüe, etc. Uno de estos derechos es el de “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes” (Art. 57.10). Esta inclusión del derecho a la participación de las mujeres en la administración de justicia es un avance frente a la constitución anterior, logrado por iniciativa de las mujeres indígenas.<sup>33</sup>

Como parte de un Estado plurinacional, la constitución titula al capítulo cuarto “Función Judicial y Justicia Indígena”, cuyo Artículo 171 reconoce en pie de igualdad ambas justicias. La constitución reconoce dos jurisdicciones, la indígena y la ordinaria, cuyas relaciones se rigen por los principios de cooperación y coordinación. No se trata del reconocimiento formal de un sistema jurídico indígena; tampoco subordina la justicia indígena ante un sistema ordinario superior en jerarquía, ni queda como un sistema separado y paralelo para los indígenas. Son dos justicias con los mismos límites, en el sentido de que ambas deben respetar los principios constitucionales y los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. El alcance de este artículo ha sido, como se ve más adelante, sujeto de mucha controversia política.

Tras la entrada en vigor de la nueva constitución se aprobaron dos leyes que concretan el Artículo 171. El nuevo Código Orgánico de la Función Judicial (2009) que regula, entre otros, las relaciones de la jurisdicción indígena con la jurisdicción ordinaria (Arts. 343–346), inserta cinco principios de la justicia intercultural: la diversidad, igualdad, non bis ídem, pro jurisdicción indígena y la interpretación intercultural.<sup>34</sup> La segunda es la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), norma fundamental que vela por el respeto de los derechos reconocidos en la constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. El Capítulo IX regula la acción extraordinaria de protección contra las decisiones de la justicia indígena. El Artículo 65 establece que quien esté inconforme con las decisiones de las autoridades indígenas, por violar derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de serla, podrá acudir a la Corte Constitucional. Esta ley define en el Artículo 66 los principios y reglas que la corte debe aplicar: interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía, debido proceso, oralidad, legitimación activa, acción, calificación, notificación, audiencia, opinión técnica, proyecto y notificación de la sentencia y violación de los derechos de las mujeres.

<sup>33</sup> A. Grijalva Jiménez, “Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador”, en B. de Sousa Santos y A. Grijalva Jiménez (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Quito, Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, 2012) p. 66.

<sup>34</sup> Además, el art. 346 refiere a la promoción de la justicia intercultural a través de tres medidas: el Consejo de Judicatura está obligado de designar recursos humanos y económicos para la coordinación y cooperación entre las dos jurisdicciones, la capacitación de servidores de la función judicial para que “la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas” y por último que el “Consejo de Judicatura no ejercerá ningún tipo de atribución, gobierno o administración respecto de la jurisdicción indígena”.

A partir de 2009, el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos (MJDH), en coordinación con el Ministerio Coordinador de Patrimonio, lideró la elaboración participativa de un proyecto de ley sobre coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria. Sin embargo, este proceso se interrumpió y la propuesta final, alcanzada en diciembre de 2010, nunca fue presentada ante el congreso por consideraciones políticas de los niveles más altos del gobierno. Mientras, durante 2011 la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la asamblea nacional (en adelante la Comisión) discutió varias propuestas de ley, que llevó finalmente al proyecto de ley sobre coordinación y cooperación entre ambas jurisdicciones analizado en un primer debate en mayo 2012. Desde entonces, este proyecto está pendiente de un segundo y definitivo debate.

En ambos procesos la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos proveyó asistencia técnica, entre 2009 y 2014, basada en estándares internacionales de derechos humanos, con apoyo directo del entonces Relator Especial sobre derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, tanto al MJDH como a la asamblea nacional y a la sociedad civil. Entre 2009 y 2012, las actividades de la OACDH se enmarcaron dentro el Programa Desarrollo y Cultura para la Reducción de la Pobreza y la Inclusión Social (2009–2012), implementado por el Ministerio Coordinador de Patrimonio del Ecuador<sup>35</sup>, con el apoyo del Sistema de las Naciones Unidas y el financiamiento del Fondo para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio del Gobierno de España.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Este Ministerio fue creado en 2007 y disuelto en 2013. Su mandato durante estos siete años fue concertar las políticas y acciones de los ministerios de cultura, deporte, ambiente, turismo, educación y salud, así como el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, el Instituto Nacional Galápagos, el Instituto para el Ecodesarrollo de la Región Amazónica, la Secretaría Nacional del Agua y la Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana. Durante este proceso de construcción de la normativa, su titular fue María Fernanda Espinosa (2009–2012), proveniente del mundo académico en temas ambientales e indígenas.

<sup>36</sup> En el marco de este programa, la OACDH creó un equipo de consultores – expertos nacionales en la materia de pluralismo jurídico: Fernando García (investigador del programa de antropología de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) en materias como antropología jurídica e interculturalidad y pluralismo jurídico y coordinador del equipo), Carlos Poveda (abogado litigante en varios casos sobre justicia indígena y doctor en jurisprudencia. Fue Juez Penal en Cotopaxi donde se hizo conocido por declinar competencia en favor de la jurisdicción indígena en el caso de La Cocha 1) y Raúl Llasag (abogado kichwa del pueblo Panzaleo; profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar y colaborador al proyecto de investigación de “Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador y Bolivia” (2010–2012), coordinado por Boaventura de Sousa Santos y financiado por la Fundación Rosa Luxemburg). Las actividades de OACDH incluyeron también: Elaboración de un diagnóstico socio jurídico sobre justicia indígena en las provincias de Chimborazo, Sucumbíos y Esmeraldas (2009), apoyo a la serie “Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad” del MJDHC con dos publicaciones de reflexión jurídica y experiencias comparadas con el fin de atender la limitada producción de doctrina jurídica nacional y el muy limitado acceso a la doctrina internacional sobre aspectos novedosos de la constitución; la creación Video-documental “Viviendo la Justicia. Casos de estudio sobre justicia indígena en el Ecuador” (2010), y publicación del libro *Viviendo la Justicia. Pluralismo Jurídico y Justicia Indígena en Ecuador* (2012).

Este programa buscó, entre otros, fortalecer el ejercicio de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, incrementar su participación política, promover la igualdad de oportunidades de los grupos excluidos por razones étnicas, y generar información pertinente a la diversidad cultural para la toma de decisiones de política pública.<sup>37</sup> Tras el cierre del programa, la OACDH siguió apoyando estos procesos normativos y también actividades de promoción de estándares internacionales de derechos humanos sobre justicia indígena. Por ejemplo, se organizaron talleres sobre esta temática con dirigentes de la Confederación de Nacionalidades Indígenas de Ecuador (CONAIE) y se participó en debates organizados por ONGs y la academia tanto en Quito como en las provincias.<sup>38</sup>

#### 4. LAS DINÁMICAS POLÍTICAS EN ECUADOR EN TORNO A LOS PROCESOS DE CONSTRUCCIÓN NORMATIVA SOBRE LOS MECANISMOS DE COORDINACIÓN ENTRE JUSTICIA INDÍGENA Y JUSTICIA ORDINARIA

En el transcurso de los ocho años de vigencia de la constitución se elaboraron varias propuestas de ley pero ninguna logró su aprobación por la asamblea nacional. ¿Qué sucedió? ¿Por qué no se logró aprobar esta norma si el movimiento político que tuvo mayoría en la asamblea constituyente y aprobó la nueva constitución es el mismo que se ha mantenido en el poder con la mayoría en la asamblea nacional? El análisis de los procesos de construcción de esta normativa nos ofrece la posibilidad de observar las dinámicas políticas y sus actores en torno a tres categorías de obstáculos que han impedido la adecuada protección y garantía del derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia y en particular la aprobación de esta ley.

##### 4.1. VISIÓN COLONIAL Y DESCONOCIMIENTO SOBRE PRÁCTICAS Y NORMAS INDÍGENAS

Los primeros impedimentos provienen de las dificultades que plantea la propia materia a regular. Los sistemas normativos indígenas y sus fundamentos ontológicos y epistemológicos y, más todavía, su relación con la justicia ordinaria, son temas complejos que, a pesar de su larga vigencia en la realidad, no se estudian en las facultades de derecho y sobre los cuales casi no existían antecedentes normativos comparados. Además, varios estudios evidencian que los operadores de justicia no

<sup>37</sup> Ver: <<http://mdgfund.org/es/program/ecuadorcultura>>.

<sup>38</sup> La OACDH apoyó y participó en seminarios con jueces y fiscales locales y autoridades indígenas organizados por la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), en el marco del proyecto "Acceso a los sistemas de justicia y uso de garantías constitucionales para la protección de los derechos humanos en la frontera norte", apoyado por la Unión Europea y con participación de la Defensoría del Pueblo del Ecuador.

reconocen la vigencia de la jurisdicción indígena y sigue vigente una actitud y relación colonial hacia ella y que el racismo opera en múltiples niveles.<sup>39</sup>

En la misma línea, los Relatores Especiales de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas y sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, en sus visitas al Ecuador han observado que los funcionarios públicos y los medios de comunicación confunden con demasiada frecuencia linchamientos y hechos de violencia tumultuaria con prácticas de la justicia indígena.<sup>40</sup> La ignorancia, prejuicios y profundo desconocimiento de las culturas indígenas generan confusión y refuerzan "los estereotipos y aviva el sentimiento antiindígena".<sup>41</sup> Estas actitudes y el tratamiento mediático-político de casos de justicia indígena, como el de la Cocha 2 que se analiza más adelante, muestran que entre los actores judiciales, políticos y mediáticos todavía prevalece "la demonización de la cultura".<sup>42</sup> Hasta hoy en día subsiste una convicción dominante que la cultura indígena y el ejercicio del derecho propio, se caracterizan por la aplicación de costumbres o tradiciones salvajes y bárbaras que transgreden los derechos humanos.<sup>43</sup>

Ante ello surgen varias preocupaciones fundamentales: ¿Cómo regular las relaciones de cooperación y coordinación entre ambas jurisdicciones, conforme ordena la constitución, si existen visiones distorsionadas y prejuiciosas y se desconoce profundamente al menos una de ellas? ¿Existen las condiciones necesarias para legislar este derecho cuando la mayoría de actores políticos carece del conocimiento básico de los derechos de los pueblos indígenas y en particular de las características, alcance y aplicación de justicia indígena? Su conocimiento o experiencia se limitaba en el mejor de los casos a la justicia ordinaria y sólo disponían de la óptica mestizo-occidental para intentar su análisis de lo indígena.<sup>44</sup> Además, en esta óptica dominante

<sup>39</sup> K. Encalada, "Racismo en la justicia ordinaria", en B. de Sousa Santos y A. Grijalva Jiménez, (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Quito, Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, 2012), pp. 185-206 y FLACSO-sede Ecuador/Oxfam América, *Los pueblos indígenas del Ecuador: derechos y bienestar. Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT* (FLACSO-sede Ecuador/Oxfam América, Quito, 2007), p. 51.

<sup>40</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, *Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas*, UN Doc. A/HRC/15/37/Add.7, 17 de septiembre de 2010, párr. 16 y Consejo de derechos humanos, *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, Philip Alston, *Misión al Ecuador*, ONU Doc. A/HRC/17/28/Add.2, 9 de mayo de 2011, pp. 16-17.

<sup>41</sup> ONU Doc. A/HRC/17/28/Add.2, *supra* n. 40, p. 17.

<sup>42</sup> S.E. Merry, "Human Rights Law and the Demonization of Culture (And Anthropology Along the Way)", 26(1) *Political and Legal Anthropology Review PoLAR* (2003), pp. 55-76.

<sup>43</sup> OACDH, "Diez mitos y realidades sobre la justicia indígena en Ecuador", en OACDH, *Viviendo la Justicia. Pluralismo jurídico y justicia indígena en Ecuador* (Quito, OACDH/Ministerio Coordinador de Patrimonio, 2012), pp. 14-31.

<sup>44</sup> De hecho, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, tras su visita al país en 2009, recomendó ante esta realidad de "desarrollar un proceso de intercambio de información y entendimiento entre las autoridades estatales judiciales y las autoridades indígenas sobre sus respectivos sistemas de justicia". Ver: *supra* n. 40, p. 19.

de derechos hay por lo general poco espacio para valorar las expresiones de los fundamentos ontológicos y epistemológicos de normativas indígenas, como “espíritus”, “interpretaciones de sueños” y “fuerzas invisibles”, que cuestionan las aceptaciones antropocéntricas de derecho y la centralidad de sujetos humanos.<sup>45</sup>

La información que pudieron ofrecer asesores, académicos, líderes y organizaciones indígenas, así como el Relator Especial James Anaya y la OACDH a través de su asesor en Ecuador, tal vez contribuyó con reducir este desconocimiento, pero fue insuficiente para cambiar arraigadas visiones y posiciones basadas en prejuicios, estereotipos, la discriminación y hasta el racismo en contra de los pueblos indígenas. Después de dos siglos de hegemonía de la visión de Estado-nación, del monismo jurídico y de un racismo histórico, la comprensión y promoción de la vigencia efectiva de este derecho de los pueblos indígenas plantea profundos retos y claras responsabilidades para los actores políticos, operadores de justicia y la sociedad en general.

#### 4.2. LA BRECHA ENTRE EL PROYECTO CONSTITUCIONAL Y LA PRÁCTICA

La segunda categoría de obstáculos para la propuesta de ley era de orden político, sin excluir su interacción con la categoría anterior. Los actores políticos entrevistados, tanto de los sectores gubernamentales como de oposición, coincidieron en señalar que las verdaderas dificultades para avanzar en esta propuesta de ley no habían sido jurídicas sino políticas e ideológicas. Por esta razón es importante contextualizar esta imposibilidad de aprobar dicha ley y describir brevemente algunos de los obstáculos que se enmarcan en un proceso político mayor.

Primero, la alianza de actores políticos y movimientos sociales que apoyaron la candidatura de Rafael Correa en 2006, Movimiento Alianza País, que fueron mayoría en la asamblea constituyente y definieron el nuevo texto constitucional, cambió de manera importante en los siguientes años. Conforme se avanzó en el ejercicio del poder, la correlación de fuerzas al interior fue mudando hacia posiciones cada vez más críticas de la constitución de 2008. Aunque en el discurso oficial se mantuvieron los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas, su interpretación para las decisiones, políticas y normas se distanció cada vez más del texto constitucional y de los estándares internacionales de derechos humanos, en especial respecto de los derechos civiles y políticos.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> L. Viaene, “The Internal Logic of the Cosmos as ‘Justice’ and ‘Reconciliation’: Micro-Perceptions in Post-Conflict Guatemala”, 30(3) *Critique of Anthropology* (2010), pp. 287–312.

<sup>46</sup> Ecuador pasó de recibir cada año uno o dos Relatores Especiales del Consejo de Derechos Humanos de la ONU a no recibir a ninguno en últimos años. Debido a la aprobación y aplicación de normas que incumplen sus obligaciones internacionales, varios Relatores Especiales empezaron a enviar el gobierno diversas cartas de alegación. Por ejemplo del Relator Especial sobre la Libertad de Expresión y Opinión sobre la Ley Orgánica de Comunicación (UA G/SO 214 ECU 1/2012, del 19 de julio de 2012), <[https://spdb.ohchr.org/hrdb/22nd/public\\_-\\_UA\\_Ecuador\\_19.07.12\\_%281.2012%29.pdf](https://spdb.ohchr.org/hrdb/22nd/public_-_UA_Ecuador_19.07.12_%281.2012%29.pdf)>.

Un ejemplo emblemático es la reacción gubernamental ante las críticas por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>47</sup> y en especial de la Relatora Especial sobre libertad de expresión cuyos informes y comunicados fueron muy críticos al gobierno.<sup>48</sup> El gobierno desarrolló una campaña de desprestigio de la CIDH y de quienes recurrían<sup>49</sup> a ella, así como una campaña al interior de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para reformar el sistema regional de protección e incluso el crear un sistema paralelo.<sup>50</sup> El Presidente declaró en 2014 “Podemos tener nuestras propias instancias de derechos humanos a nivel de Unasur o Celac” ante el proceder de organismos como la CIDH, por ejemplo, las medidas cautelares emitidas a favor de diario El Universo en el juicio de Rafael Correa por los hechos del 30-S o los informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en contra del país.<sup>51</sup>

De hecho, parte importante del movimiento político liderado por el Presidente Correa, que apoyó o directamente diseñó el texto constitucional y que participó activamente en la campaña del referéndum para su aprobación, pocos años después cambió su posición para apoyar las sucesivas reformas constitucionales. En 2011 Correa había promovido ya varias reformas constitucionales mediante consulta popular. Desde

<sup>47</sup> El 4 de junio de 2012, durante la 42 Asamblea General de la OEA, el Presidente Correa señaló que la CIDH estaba totalmente influenciada y dominada por los intereses de países hegemónicos, las ONG y el gran capital, lo que ponía en peligro a los sistemas democráticos de la región, <[www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/10/2012-06-04-42-Asamblea-General-de-la-Oea-Cochabamba-Bolivia.pdf](http://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/10/2012-06-04-42-Asamblea-General-de-la-Oea-Cochabamba-Bolivia.pdf) <<https://www.youtube.com/watch?v=gzBfkevND9c>>.

<sup>48</sup> Las críticas crecieron a partir de la sentencia de la justicia ecuatoriana que condena a directivos de un diario y un periodista a tres años de prisión por el delito de injurias calumniosas contra el Presidente Correa y a pagar un total de 40 millones de dólares de indemnización en su beneficio. Ver comunicado de prensa de la Relatoría de Libertad de Expresión R72/11, de 21 de julio de 2011, <[www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=857&IID=2](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=857&IID=2)>. No obstante no fue la misma reacción sobre críticas similares por parte del Relator Especial de la ONU sobre Libertad de Expresión (UA G/SO 214 ECU 1/2011, del 12 de mayo de 2011).

<sup>49</sup> Fundamedios, ONG sobre libertad de expresión, fue públicamente descalificada por el gobierno por haber acudido ante la CIDH. El 11 de noviembre de 2011, en un comunicado de prensa, la CIDH expresó su más profunda preocupación ante las amenazas, represalias y acciones de descrédito de que son objeto algunas de las personas que acuden a sus audiencias y reuniones de trabajo, en algunos casos de altas autoridades estatales. Específicamente, recibió información según la cual, con posterioridad de la audiencia sobre la “Situación del Derecho a la Libertad de Expresión en Ecuador”, celebrada el 25 de octubre de 2011, el Estado ecuatoriano emitió cadenas por radio y televisión claramente descalificadoras en contra de la organización peticionaria Fundamedios, su director, y los demás participantes en la audiencia. Debido a la gravedad de estos hechos la Comisión solicitó información al Estado, <[www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/116.asp](http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/116.asp)>.

<sup>50</sup> El Presidente Correa descalificó a la CIDH a cuyos miembros tildó de incapaces y provenientes de las ONG de siempre, <[www.eluniverso.com/noticias/2015/01/31/nota/4502526/rafael-correa-propone-crear-corte-latinoamericana-derechos-humanos](http://www.eluniverso.com/noticias/2015/01/31/nota/4502526/rafael-correa-propone-crear-corte-latinoamericana-derechos-humanos)>; <<https://www.youtube.com/watch?v=6Ll9cDk7CYk&feature=youtu.be>>.

<sup>51</sup> Declaraciones durante la III Conferencia de Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos desarrollada en 2014 a en Montevideo, Uruguay, <[www.elciudadano.gob.ec/rafael-correa-podemos-tener-nuestras-propias-instancias-de-derechos-humanos/](http://www.elciudadano.gob.ec/rafael-correa-podemos-tener-nuestras-propias-instancias-de-derechos-humanos/)>.

2014 impulsa otras más, que incluyen la reelección indefinida, pero esta vez sin pasar por esta consulta popular.

En este marco se debe destacar que importantes liderazgos y movimientos políticos, académicos, sociales e indígenas, que fueron esenciales para que Rafael Correa gane la presidencia en 2007, fueron quienes imprimieron ese tono garantista de derechos humanos, derechos de pueblos indígenas y derechos de la naturaleza en la constitución. Muchos de ellos, que llegaron a ocupar puestos destacados en el gobierno y en las asambleas constituyente y nacional, no sólo se desligaron de dicho proyecto político sino que hoy son destacados líderes y organizaciones de oposición, críticos del gobierno por haber abandonado el espíritu constitucional. En palabras del ex presidente de la asamblea constituyente, Alberto Acosta, “Se ha llegado a un estado de autocomplacencia en las filas gubernamentales, que a nadie, dentro de ‘el proceso’, le importa si se traicionaron los principios originales, plasmados inicialmente en el Plan de Gobierno del Movimiento País, elaborados colectivamente en el año 2006. Principios que luego fueron consagrados en la Constitución de Montecristi”.<sup>52</sup>

Otra parte importante de ese liderazgo, a pesar de no compartir muchas de las posiciones del Presidente Correa, habría permanecido en Alianza País o en puestos de gobierno por considerar que, pese a esas discrepancias, todavía era una oportunidad histórica para cambiar Ecuador y para ello el liderazgo de Rafael Correa era ya insustituible.

Algunos de los actores políticos entrevistados sobre este proceso de construcción normativa consideran que el cambio no fue de posición política sino de correlación de fuerzas en favor del Presidente Correa. María Paula Romo, integrante de la asamblea constituyente y presidenta de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional (2009–2013), afirma que durante la asamblea constituyente una de las principales resistencias a la jurisdicción indígena –y en general a ciertos derechos de pueblos indígenas– provino del Presidente Correa, que consideraba que reconocer la justicia indígena en pie de igualdad que la ordinaria era crear un estado dentro del Estado.<sup>53</sup> Si bien en el caso de la jurisdicción indígena no primó la visión presidencial en la redacción del texto constitucional, si prevaleció en otros casos, como el no reconocimiento del kichwa y shuar como idiomas oficiales sino sólo interculturales.<sup>54</sup> Como añade Romo, “esta línea de pensamiento fue inicialmente del presidente pero luego terminó como la línea oficial del partido. Durante la constituyente y los primeros

<sup>52</sup> Ver: prólogo a Francisco Muñoz Jaramillo (ed.), *Balace Crítico del Gobierno de Rafael Correa* (Quito, Universidad Central del Ecuador, 2014), p. 15. Ver también: M. Becker, “The Stormy Relations between Rafael Correa and Social Movements in Ecuador”, 40 *Latin American Perspectives* (2013, Issue 190), pp. 43–62. El Presidente Correa, en una entrevista publicada en el diario oficial El Telégrafo, consideró como su peor error político en sus siete años en el poder el haber confiado en Alberto Acosta y ponerlo como presidente en la asamblea constituyente, <[www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/2/aprobar-el-codigo-financiero-sera-una-lucha-politica-tenaz](http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/2/aprobar-el-codigo-financiero-sera-una-lucha-politica-tenaz)>.

<sup>53</sup> Entrevista María Paula Romo, septiembre 2014.

<sup>54</sup> Ver: art. 2.

años de gobierno se llegaban a ciertos acuerdos porque habían contrapesos políticos al Presidente Correa al interior del partido, pero hoy ya no existen”.<sup>55</sup>

Esta dinámica ha sido descrita como una lucha fraticida, debido a que muchos de los protagonistas actualmente enfrentados antes compartieron por años ideales y luchas sociales desde la academia y organizaciones de sociedad civil. Unos denuncian ser perseguidos por sus antiguos camaradas, hoy en el poder, a quienes acusan de haber traicionado sus ideales, en tanto los oficialistas critican a sus ex camaradas con calificativos que van desde el “infantilismo” hasta ser parte de la conspiración de la partidocracia tradicional, del imperialismo o de las empresas transnacionales que buscan desestabilizar el gobierno.<sup>56</sup> Según una reciente investigación sobre el régimen, Rafael Correa se presentó primero como aliado de los movimientos y organizaciones sociales, buscando luego cooptar vía propaganda y clientelismo su base social, para luego debilitarlo seriamente y desplazarlo de la escena.<sup>57</sup> Sería una política de cooptación y coacción cruzadas encaminada a resquebrajar, desarticular y dividir al movimiento social, pero particularmente al movimiento indígena y especialmente a la CONAIE.

Los procesos en el ejecutivo y la asamblea nacional en torno al proyecto revelaron crecientes diferencias políticas al interior del Movimiento Alianza País. Los funcionarios y asambleístas que apoyaban la constitución notaron como el Presidente Correa y su entorno inmediato se alejaban del marco constitucional en lo que les resultaba incómodo y ejercían un control cada vez mayor sobre las iniciativas en el gobierno y la asamblea. Los jóvenes funcionarios y autoridades que deseaban avanzar conforme al proyecto constitucional debieron hacerlo con rapidez y bajo perfil, tratando que las iniciativas lleguen lo más tarde posible a conocimiento de ciertas altas autoridades y en especial del entorno presidencial, desde donde se enviaban las

<sup>55</sup> *Supra* n. 53.

<sup>56</sup> Un ejemplo fue la disolución de la Fundación Pachamama, el 4 de diciembre de 2013, a solicitud del Presidente Correa y en aplicación del Reglamento para el Funcionamiento del Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales y Ciudadanas (Decreto Ejecutivo No. 16, de 20 de junio del 2013). La fundación, con reconocida trayectoria de defensa de los derechos de los pueblos indígenas y el medio ambiente, acompañó y documentó una protesta de líderes de CONAIE contra una ronda de concesiones petroleras, en cuyo marco un líder indígena agredió levemente a dos personas que salieron del lugar de la ronda y resultaron ser diplomáticos. El gobierno de oficio disolvió la fundación por desviarse de sus objetivos estatutarios y tener injerencia en políticas públicas, conforme el comunicado del Ministerio de Interior. Uno de los principales impulsores de la disolución fue el Ministro de Interior, José Serrano. Años antes José Serrano, junto con Mario Melo, fueron destacados abogados de la Fundación Pachamama a cargo del caso Sarayaku ante la Corte IDH. El citado reglamento y luego su aplicación sobre Pachamama fueron cuestionados seriamente por varios relatores especiales de la ONU en septiembre y diciembre de 2013 por violar los estándares de derechos humanos, <[https://spdb.ohchr.org/hrdb/24th/public\\_...\\_AL\\_Ecuador\\_16.09.13\\_%281.2013%29.pdf](https://spdb.ohchr.org/hrdb/24th/public_..._AL_Ecuador_16.09.13_%281.2013%29.pdf)> y <[https://spdb.ohchr.org/hrdb/24th/public\\_...\\_AL\\_Ecuador\\_31.12.13\\_%284.2013%29.pdf](https://spdb.ohchr.org/hrdb/24th/public_..._AL_Ecuador_31.12.13_%284.2013%29.pdf)>.

<sup>57</sup> Ver *supra* n. 52, p. 18.

órdenes de avanzar o paralizar estos procesos.<sup>58</sup> Este fue el caso, como se analizará en la siguiente sección, de la propuesta de ley de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y jurisdicción ordinaria elaborada dentro del MJDH.

#### 4.3. LA INDIVISIBILIDAD DEL DERECHO A LA JUSTICIA PROPIO Y EL DERECHO A LA TIERRA, TERRITORIO Y RECURSOS NATURALES

Un tercer obstáculo, interrelacionado con los anteriores, tiene que ver con el hecho que la vigencia efectiva de los derechos colectivos de los pueblos indígenas supone la revisión crítica de los conceptos tradicionales de soberanía, unidad e autonomía como principios fundamentales del Estado-nación. A pesar que la nueva constitución refunda el paradigma del Estado ecuatoriano, el país atraviesa por un proceso complejo y una larga y profunda transición. Ecuador, como otros países de la región, vive una alta conflictividad social por el desarrollo de mega proyectos de explotación de recursos naturales renovables y no renovables en territorios indígenas, sin proteger adecuadamente los derechos de dichos pueblos reconocidos constitucionalmente e internacionalmente.<sup>59</sup>

Para analizar este contexto generador de conflictos es esencial entender que los sistemas normativos indígenas responden a su particular cosmovisión, sistema de autoridad y manejo de su territorio. La vigencia efectiva del derecho propio constituye un serio escollo para un tipo de desarrollo extractivista, lo que explicaría por qué algunos actores políticos se alejaron del proyecto constitucional para cuestionar la justicia indígena y su reconocimiento legal. El reconocimiento de estos derechos en su verdadero alcance conllevaría la obligación de respetar y hacer respetar los derechos territoriales y sobre el uso de los recursos naturales de los pueblos indígenas. Por ello

<sup>58</sup> Por ejemplo un estudio académico sobre la libertad de expresión analizada desde los estándares internacionales de derechos humanos, elaborado con el apoyo de UNESCO y OACDH, y con participación de los relatores sobre libertad expresión del sistema interamericano y de la ONU, estaba listo para ser publicado como parte de la colección sobre Justicia y Derechos Humanos que impulsaba la Secretaría de Desarrollo Normativo del MJDHC. Tras las críticas de ambos relatores a la propuesta de ley sobre comunicación y de tomar nota del contenido del estudio, altas autoridades ordenaron suspender la publicación para evitar influyera en el debate parlamentario. Sólo muchos meses después autorizaron que fuera publicado pero sólo por la ONU y fuera de dicha colección. Ver <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002156/215627s.pdf>.

<sup>59</sup> En 2012, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) exhortó al Estado ecuatoriano a aumentar los esfuerzos para establecer mecanismos de diálogo constructivos y procesos de consulta efectiva con las comunidades indígenas afectadas por proyectos que tengan un impacto sobre su subsistencia. Ver: CERD, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, a Ecuador*, ONU Doc. CERD/C/ECU/CO/20-22, párr. 17. La alta conflictividad social sigue en Ecuador. En agosto de 2015, la actual Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, exhortó a la calma y al diálogo ante los violentos enfrentamientos que ocurrieron en el marco de las movilizaciones sociales convocados por la CONAIE contra el gobierno. Ver: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/es/declaraciones-comunicados/80-ecuador-llamado>.

era frecuente justificar el desarrollo de proyectos extractivos y energéticos en territorios indígenas con el argumento que no se puede cuestionar la soberanía territorial del Ecuador. Efectivamente, en Ecuador la justicia indígena fue adquiriendo un nuevo significado político, siendo “la vanguardia”<sup>60</sup> de la implementación de la constitución de 2008 por ser “parte importante de un proyecto político de vocación descolonizadora y anticapitalista”.<sup>61</sup>

#### 5. LOS PROCESOS DENTRO DEL PODER EJECUTIVO ECUATORIANO

En este contexto político, la Subsecretaría de Desarrollo Normativo (Subsecretaría adelante) del MJDH, entidad encargada de preparar o revisar las propuestas de ley del gobierno antes de su revisión política y posterior envío a la asamblea nacional, fue contraparte directa, entre 2009 y 2012, de la OACDH para la elaboración de una propuesta de la ley en el ejecutivo. La Subsecretaría tenía entre sus funciones el incrementar la calidad de las propuestas normativas, los procesos participativos para su elaboración e incrementar el acervo en doctrina jurídica y su difusión. El Presidente Correa eligió como primer titular del ministerio a Gustavo Jalkh<sup>62</sup>, profesional y académico del derecho, especializado en la reforma de la justicia, que se rodeó de jóvenes y bien formados profesionales imbuidos del espíritu garantista de la nueva constitución.

En cumplimiento de sus objetivos, la OACDH brindó asesoría técnica a dicha Subsecretaría para el diseño participativo de la propuesta de ley de coordinación y cooperación de ambas jurisdicciones. Desde el inicio hubo coincidencia con esta entidad estatal en cuanto a que la base legal no era sólo el mandato constitucional sino también en el Convenio 169 de la OIT<sup>63</sup>, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial<sup>64</sup>, la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas y las recomendaciones del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Desde esta etapa inicial se hicieron evidentes las diferencias políticas e ideológicas al interior del gobierno. El espíritu participativo y la búsqueda de coherencia con la

<sup>60</sup> B. de Sousa Santos, “Cuando los excluido tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en B. de Sousa Santos y A. Grijalva Jiménez (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Quito, Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, 2012), p. 17.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>62</sup> Gustavo Jalkh era Director Ejecutivo de Projusticia (Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia). Fue Ministro de Justicia y Derechos Humanos (2008-2009), Ministro de Interior (2009-2010), Secretario Privado de la Presidencia (2010-2012) y desde 2013 Presidente del Consejo de la Judicatura.

<sup>63</sup> Ratificado por Ecuador el 15 mayo de 1998.

<sup>64</sup> Ratificado por Ecuador el 22 de septiembre de 1966.

constitución y los estándares internacionales de derechos humanos que la Subsecretaría buscaba imprimir en el proceso colisionaron con la posición de desconfianza y de control jerárquico que caracterizó a funcionarios y autoridades del Ministerio Coordinador del Patrimonio.

La estrategia acordada con la Subsecretaría buscaba promover un proceso técnico pero también participativo. Comprendía el apoyo de expertos nacionales, tanto juristas como antropólogos, con la formación y experiencia necesarias en la justicia indígena.<sup>65</sup> También incluyó un estudio de antropología jurídica<sup>66</sup> que, tomando en cuenta las investigaciones anteriores, elaboró un diagnóstico participativo sobre la vigencia y aplicación de la justicia indígena en diversas regiones del Ecuador.

Inicialmente se pensó avanzar mediante la elaboración de un primer borrador de proyecto de ley, con el apoyo de estos expertos y basado en los estándares constitucionales e internacionales, la identificación de los nudos críticos y de normas del derecho comparado. También se buscó la asesoría del entonces Relator Especial sobre derechos de pueblos indígenas, James Anaya, quién recomendó impulsar un proceso participativo y alertó sobre las posibilidades de un rechazo de las organizaciones indígenas sobre cualquier propuesta en la que no hayan participado desde el inicio.

A inicios de diciembre de 2009 y a invitación del gobierno de Ecuador, concretamente del MJDH, James Anaya visita Ecuador “para proporcionar asistencia técnica en el desarrollo de mecanismos de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria y para dialogar en torno a la situación de los pueblos indígenas en Ecuador”.<sup>67</sup> Anaya participó en reuniones con representantes del gobierno, asambleístas, organizaciones indígenas, la ONU y otros actores relevantes, en torno a los avances y desafíos para implementar los derechos de los pueblos indígenas que reconoce la constitución. También participó en el Foro regional sobre pluralismo jurídico que organizó la Subsecretaría del MJDH y tuvo lugar en la Universidad Andina Simón Bolívar.<sup>68</sup>

En atención a la recomendación de Anaya, en enero de 2010 se definió una nueva hoja de ruta, con la metodología para los talleres con las organizaciones indígenas que liderará la Subsecretaría. Se solicitó el apoyo de la OACDH para las convocatorias de los liderazgos indígenas, debido a las fuertes tensiones con el gobierno sobre el

<sup>65</sup> Ver *supra* n. 36.

<sup>66</sup> *Diagnóstico socio jurídico para la elaboración de la ley de coordinación y cooperación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena* (2009-2010) realizado bajo el liderazgo de Fernando García en las provincias de Chimborazo, Sucumbios y Esmeraldas. Durante dicho estudio se documentaron en video dos casos de aplicación de la justicia indígena que, junto con el caso de La Cocha 1, conformaron un el video-documental *Viviendo la Justicia. Casos de estudio sobre justicia indígena en el Ecuador*, que demostró especial utilidad para explicar la naturaleza de esta justicia a diversos públicos, <<https://vimeo.com/46993212>>.

<sup>67</sup> <<http://unsr.jamesanaya.org/statements/relator-especial-de-la-onu-sobre-los-pueblos-indigenas-visitara-ecuador>>.

<sup>68</sup> Ver: <[www.uasb.edu.ec/contenido?la-andina-acogera-al-foro-regional-sobre-justicia-indigena](http://www.uasb.edu.ec/contenido?la-andina-acogera-al-foro-regional-sobre-justicia-indigena)>.

contenido y falta de consulta pre-legislativa del proyecto de ley de aguas en manos de la asamblea nacional. Se convocaron siete organizaciones indígenas, solicitando sean dos las personas designadas para participar y que sean un hombre y una mujer, conforme al mandato constitucional sobre la igualdad de género respecto de los derechos colectivos, y a garantizar que el derecho propio respete los derechos de las mujeres y las niñas, niños y adolescentes.<sup>69</sup> A ellos se sumaron representantes de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la asamblea nacional y de ONUMUJERES.

Con estos actores se realizaron dos talleres que permitieron identificar varios nudos críticos de la regulación legal de la coordinación y cooperación entre ambas jurisdicciones, tales como quién es la autoridad indígena y cuál es el límite de su jurisdicción, la competencia personal, material y territorial, el alcance del control constitucional, los criterios mínimos del debido proceso, la eficacia de la decisión, la definición de actos de tortura, la cooperación con instancias estatales y la prevalencia de las víctimas.<sup>70</sup>

La nueva hoja de ruta y la dinámica constructiva y participativa se vieron interrumpidas de manera sorpresiva. En 9 de mayo 2010 tuvo lugar un caso de aplicación de la justicia indígena en la comunidad de la Cocha, provincia de Cotopaxi, conocido como el caso de la Cocha 2, que se analiza más adelante. Los medios de comunicación contribuyeron con difundir una versión parcial, sensacionalista y fuera de contexto del hecho, en tanto la reacción del gobierno supuso un giro dramático en su posición sobre los derechos de los pueblos indígenas. Mediante declaraciones, cadenas de radio y televisión el gobierno criticó duramente a la justicia indígena y la calificó de salvaje. Días después se enviaron instrucciones desde el entorno presidencial al MJDH para cesar las reuniones con las organizaciones indígenas y finalizar de manera autónoma y a la brevedad posible una propuesta de ley. En abril de 2010, José Serrano<sup>71</sup> asume como Ministro de Justicia y Derechos Humanos, en reemplazo de Néstor Arbito.<sup>72</sup>

Mediante un comunicado de prensa titulado “La clave está en el diálogo”, el Relator Especial James Anaya expresó su profunda preocupación por la polarización surgida de comentarios en medios y declaraciones de autoridades gubernamentales ante este caso particular de la aplicación de la justicia indígena, que “trascienden la crítica razonable y ponderada de un caso concreto de aplicación de la justicia indígena y

<sup>69</sup> Ver: Art. 57.

<sup>70</sup> Memorias de estos talleres están en archivo de los autores.

<sup>71</sup> Anteriormente fue Subsecretario de Minas del Ministerio de Minas y Petróleos (septiembre de 2007 – agosto de 2009), Secretario de la Gestión Transparente (noviembre de 2009 – abril de 2010) y luego Ministro de Justicia, Derechos Humanos y Cultos (abril de 2010 – mayo de 2011). En mayo de 2011 fue nombrado Ministro de Gobierno.

<sup>72</sup> Néstor Arbito trabajó al lado de Gustavo Jalkh en Projusticia, luego fue su viceministro de Justicia y Derechos Humanos y Cultos, tras permanecer alrededor de un año como Ministro de Justicia y Derechos Humanos, finalmente vuelve al lado de Jalkh como uno de los miembros del Consejo de la Judicatura en 2013.

corren el riesgo de ser percibidos como posiciones que alientan visiones racistas y discriminatorias contra el conjunto de los pueblos indígenas de Ecuador".<sup>73</sup>

La polarización entre el gobierno y buena parte del liderazgo indígena, principalmente CONAIE, responde al progresivo distanciamiento gubernamental del espíritu garantista de la constitución, como fue analizado anteriormente. El movimiento indígena era muy crítico de la política de desarrollo, considerada extractivista, sobre la explotación de recursos naturales que afectaban sus territorios, de la ausencia de consulta previa sobre estos proyectos y sobre leyes que les afectan, llegando a un momento de ruptura con las protestas indígenas por la propuesta de ley de aguas. Varios actores entrevistados coinciden en interpretar que la violenta reacción del gobierno ante el denominado caso de la Cocha 2 y la búsqueda de reducir a su mínima expresión a la jurisdicción indígena, buscaban debilitar a este sector del movimiento indígena convertido en uno de sus principales opositores políticos y que antes había sido capaz de derrocar gobiernos en los años 90. Esto apoya la visión de la mayoría de actores de que la falta de avances en esta materia obedece a razones políticas e ideológicas y no jurídicas.

En octubre de 2010 el Relator Especial Anaya envió sus comentarios al contenido de la propuesta de ley, que siguió siendo revisada en talleres con la participación de expertos en el tema y el equipo técnico del proyecto del MJDH. La versión final del proyecto de ley por parte de Subsecretaría se terminó finales de diciembre de 2010.<sup>74</sup> Dicha propuesta estaba bastante alineada con los estándares internacionales, pero no con la postura gubernamental expresada tras el caso La Cocha 2.

Ante esta situación, autoridades y técnicos de varios ministerios que apoyaban esta propuesta de ley realizaron reuniones para discutir estrategias para llevarla ante la asamblea nacional. La primera alternativa, que mantenía la opción que fuese presentada por el gobierno, suponía convencer al Asesor Jurídico de la Presidencia, en quién tenía plena confianza el Presidente Correa. La segunda alternativa era explicar el proyecto a algunos asambleístas del Movimiento Alianza País para que fuesen ellos quienes presenten el proyecto. Esta segunda alternativa se consideró poco realista, pues los parlamentarios sabían que la posición del Presidente Correa era opuesta y difícilmente presentarían un proyecto en contra de su parecer. En una atmósfera de

<sup>73</sup> Instó a la sociedad y las autoridades ecuatorianas a reconocer el funcionamiento efectivo y pacífico de las justicias ancestrales en la enorme mayoría de casos, pero también a no confundir casos de justicia por mano propia y hechos de violencia tumultuaria con las genuinas expresiones de la justicia indígena. "Esto supone un proceso de mayor diálogo con las autoridades indígenas y conocimiento de las justicias ancestrales, así como el apoyo de análisis jurídico-antropológicos, especialmente en el tema de los derechos humanos". "Para garantizar el derecho a la justicia de todos", exhortó el Relator Especial de la ONU, "las autoridades ecuatorianas deben redoblar sus esfuerzos para fortalecer las capacidades tanto la justicia ordinaria como la justicia indígena, de modo que ambas instrumentos efectivos de lucha contra la impunidad dentro del respeto a los derechos humanos", <[www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10128&LangID=S#sthash.pCZxyMJa.dpuf](http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10128&LangID=S#sthash.pCZxyMJa.dpuf)>.

<sup>74</sup> Este documento está en archivo con los autores.

pesimismo finalmente ninguna de las alternativas logró ser impulsada debido a un nuevo giro en este proceso, que se analiza en la siguiente sección.

## 6. EL LABOR DE LA COMISIÓN DE LA JUSTICIA Y ESTRUCTURA DEL ESTADO DE LA ASAMBLEA NACIONAL<sup>75</sup>

En 4 de enero de 2011 el centro de gravedad pasó a la asamblea nacional debido a que el Consejo de Administración Legislativa (CAL) admitió y envió a la Comisión de Justicia y Estructura del Estado una propuesta de ley de coordinación y cooperación de ambas justicias, presentada por la asambleísta indígena Lourdes Tibán<sup>76</sup> y que tendría el apoyo de la CONAIE. La presidenta de dicha comisión era María Paula Romo, integrante del grupo Ruptura de los 25 que apoyaba al Presidente Correa.

Como parte de su labor, la Comisión organizó entre mayo y junio de 2011 una serie de reuniones con representantes indígenas y académicos, a las que la OACDH fue invitada. Entre los nudos críticos identificados destaca uno sobre el cuál girará la principal diferencia entre la asamblea y las organizaciones indígenas: la competencia personal, material y territorial de la justicia indígena. Sin perjuicio de su pertenencia a diferentes grupos políticos, los miembros de la Comisión compartían, en mayor o menor medida, una visión reguladora sobre el alcance y los límites de la justicia indígena: qué delitos, en qué territorios, sobre qué personas, etc. Por su lado los líderes indígenas insistían en que el proyecto debía limitarse a lo que ordena la constitución, que es regular sólo la cooperación y coordinación entre ambas jurisdicciones. La ley no podía establecer mayores limitaciones que las constitucionales a su derecho propio. Ya la constitución estableció que ambas jurisdicciones debían someterse a lo establecido en la propia constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos.<sup>77</sup> Sobre la base de estos debates y la propuesta de Lourdes Tibán, la Comisión elaboró su propia propuesta, que recibió comentarios de parte del equipo técnico de la OACDH, líderes indígenas y la Secretaría de Planificación y de Desarrollo (SENPLADES).

Detrás de este debate, en apariencia puramente jurídico, había criterios de poder y de ideología pues, en palabras de Carlos Poveda, "la existencia de una ley supone el sometimiento a la normativa mestiza; desde la ley de compatibilización en la Constitución de 1998 quién compatibiliza es la ley ordinaria. Hay una tensión mestizo-

<sup>75</sup> Se puede consultar las propuestas de ley en el sistema digital de formación de ley de la Asamblea Nacional: <<http://leyes.asambleanacional.gob.ec/>>.

<sup>76</sup> La asambleísta Lourdes Tibán remitió su propuesta de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria el 1 de febrero de 2010 a través del portal web de la asamblea nacional. El 4 de febrero de 2010 el presidente de la asamblea nacional, Fernando Cordero, lo remite al CAL.

<sup>77</sup> Art. 171 y art. 172.

indígena en la que los primeros someten”.<sup>78</sup> La tendencia a centrarse en limitar la justicia indígena a través del proyecto de ley fortaleció en las organizaciones indígenas una posición de preferir que no exista ley. Es decir, era mejor mantener una coordinación desde abajo, como estaba funcionando hasta ese momento, que tener una ley que no promueve la coordinación y cooperación sino que sólo limita el derecho propio.

En junio de 2011, a propuesta y bajo coordinación de la OACDH, tuvo lugar una videoconferencia del Relator Especial James Anaya en el pleno de la asamblea nacional, con presencia de asambleístas, miembros de la corte constitucional, académicos, líderes indígenas y sociales.<sup>79</sup> Se trató de un intercambio inédito e innovador, que concibe a los relatores especiales como expertos mundiales independientes al servicio de los Estados para ayudarles a enfrentar problemas concretos de gran complejidad, de manera oportuna y conforme con los estándares internacionales de derechos humanos. En este intercambio Anaya envió un claro mensaje de que el proyecto debía respetar el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y por tanto debía tener como punto de partida su derecho propio.<sup>80</sup> Es decir, el alcance de la competencia personal y material podrían variar de comunidad a comunidad indígena y no compete al Estado poner límites.

Tras María Paula Romo, la presidencia de la comisión fue asumida por Mauro Andino, parlamentario de Alianza País, quién en mayo de 2012 llevó el proyecto<sup>81</sup> a un primer debate en la asamblea nacional donde hubo muy pocas intervenciones o sugerencias, las que buscaban limitar las competencias de la jurisdicción indígena.<sup>82</sup> El proyecto regresó para revisión de la Comisión pero hasta el momento de elaborar este artículo, casi cuatro años después, no había logrado pasar a un segundo debate para ser votado.

En ese mismo año, también el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) pidió al Estado velar por el respeto y reconocimiento de los sistemas de justicia indígena conforme la normativa internacional de derechos humanos y reiteró su recomendación de agilizar el proceso de aprobación de una ley que tenga como objetivo principal lograr armonizar y regular las funciones, competencias y responsabilidades de ambos sistemas de justicia.<sup>83</sup>

Un nuevo momento clave en los debates políticos al torno a la justicia indígena tuvo lugar en enero de 2013, cuando Gustavo Jalkh asumió la Presidencia del Consejo

<sup>78</sup> Entrevista a Carlos Poveda, agosto de 2014.

<sup>79</sup> La videoconferencia se puede acceder en: <<http://unsr.jamesanaya.org/videos/video-conferencia-asamblea-nacional-ecuador>>.

<sup>80</sup> <<http://unsr.jamesanaya.org/esp/notes/proyecto-de-ley-sobre-jurisdiccion-indigena-en-ecuador-debe-tomar-como-punta-de-partida-el-derecho-propio-las-costumbres-y-tradiciones-de-los-pueblos-indigenas>>.

<sup>81</sup> El informe del primer debate data de 19 de diciembre de 2011. La nueva Comisión de Justicia y Estructura del Estado retomó el trabajo iniciado por María Paulo Romo, pero lo hizo internamente sin participación de líderes indígenas y otros actores previamente involucrados.

<sup>82</sup> Notas de los autores, observación del primer debate en la Asamblea Nacional, mayo 2012.

<sup>83</sup> Ver *supra* n. 59, párr. 19.

de la Judicatura. Desde dicha posición mantuvo un diálogo con la dirigencia de CONAIE<sup>84</sup>, al tiempo que promovió de manera activa la limitación de la jurisdicción indígena a temas menores y ajenos a la esfera penal, recurriendo para ello a la labor mediática, la abogacía ante la asamblea nacional<sup>85</sup> y la sanción y separación de sus cargos a jueces que declinaban competencia a la jurisdicción indígena.<sup>86</sup> Entre los argumentos utilizados ante las autoridades parlamentarias por el Consejo de la Judicatura para limitar la competencia de la justicia indígena estaba el que los jueces se abstendían de investigar y sancionar delitos graves, como la violación de niñas, niños y adolescentes, por declinar competencia en favor de la jurisdicción indígena.<sup>87</sup>

En la Comisión, con mayoría de Alianza País, se tenía conciencia que la limitación a la competencia material de la justicia indígena obedecía a razones políticas e ideológicas y no jurídicas. Por ello, para que una propuesta de ley no restrictiva en esta materia tenga posibilidades de ser aprobada en la asamblea y no reciba el veto presidencial –como ocurría con frecuencia con otras leyes de su propia mayoría parlamentaria– consideraban indispensable primero lograr el apoyo de la bancada oficialista y luego intentar convencer al Presidente Correa.<sup>88</sup>

<sup>84</sup> Ver: “CJ y Conaie logran consenso sobre la justicia indígena”, El Telégrafo, 5 de junio 2013. Disponible en: <[www.telegrafo.com.ec/justicia/item/cj-y-conaie-logran-consenso-sobre-la-justicia-indigena.html](http://www.telegrafo.com.ec/justicia/item/cj-y-conaie-logran-consenso-sobre-la-justicia-indigena.html)>.

<sup>85</sup> En mayo de 2013 Jalkh se reunió con la Presidenta de la asamblea nacional, y entregó un documento donde fundamenta su posición sobre desnaturalización de la justicia indígena y la necesidad que la asamblea limite su competencia mediante una interpretación restrictiva del concepto de conflicto interno indígena, en el sentido que no abarque los delitos penales como homicidios, violaciones, etc. Ver: “Gustavo Jalkh pide legislar sobre la justicia indígena”, El Universo, 29 de mayo de 2013. Disponible en: <[www.eluniverso.com/noticias/2013/05/29/nota/962856/jalkh-pide-legislar-sobre-justicia-indigena](http://www.eluniverso.com/noticias/2013/05/29/nota/962856/jalkh-pide-legislar-sobre-justicia-indigena)>.

<sup>86</sup> En julio de 2011 el gobierno creó un Consejo de la Judicatura de Transición que reorganizó el sistema de justicia, incluso el nombramiento de jueces, y varias de sus decisiones fueron cuestionadas por el grupo de veedores internacionales liderada por Baltazar Garzón. (Ver: <[www.cpccs.gob.ec/docs/estadoveeduria/28-4.pdf](http://www.cpccs.gob.ec/docs/estadoveeduria/28-4.pdf)>) Importantes ONG de derechos humanos como Human Rights Watch cuestionaron aspectos de esta reforma y el desempeño del nuevo Consejo de la Judicatura presidido por Jalkh, en especial la destitución de jueces. (Ver: <[www.hrw.org/node/122633](http://www.hrw.org/node/122633)>) En 2014 la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF) publicó un estudio titulado “Independencia judicial en la reforma de la justicia Ecuatoriana” que analizó y documentó distintas formas de injerencia del gobierno en la actividad jurisdiccional, así como las separaciones de jueces ordenadas por el Consejo de la Judicatura cuando no coincidieron con las visiones sobre casos concretos expresadas, en especial, por el Presidente de la República. DPLF y el autor del estudio, fueron objeto de ataques y descalificaciones públicas, en especial en durante los *enlaces ciudadanos* de los sábados del Presidente Correa, a los que se acusó de mentirosos y de ser agentes financiados de la petrolera Chevron y de la CIA para desestabilizar al gobierno. (Ver: <[www.dplf.org/sites/default/files/indjud\\_ecuador\\_informe\\_esp.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/indjud_ecuador_informe_esp.pdf)> y <http://dplf.org/es/news/independencia-judicial-en-ecuador>>).

<sup>87</sup> Ver: “Consejo de la Judicatura planteó reforma a la Justicia indígena”, Consejo de la Judicatura, <[www.funcionjudicialsucumbios.gob.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=229%3Aconsejo-de-la-judicatura-planteo-reformas-a-la-justicia-indigena&catid=45%3Anoticias-home&Itemid=271](http://www.funcionjudicialsucumbios.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=229%3Aconsejo-de-la-judicatura-planteo-reformas-a-la-justicia-indigena&catid=45%3Anoticias-home&Itemid=271)>.

<sup>88</sup> Notas de la reunión con el presidente y los miembros de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, 3 de septiembre de 2014.

Un reto adicional para el avance del proyecto fue la necesidad de someterlo a un proceso de consulta pre-legislativa con los pueblos indígenas, como ordena la constitución. Si bien el tema estaba claro para María Paula Romo e incluso para Mauro Andino, conforme a la normativa parlamentaria era necesario se pronuncien sobre la procedencia de la consulta tanto el CAL como el pleno de la asamblea. Esta solicitud fue planteada durante la presidencia de la asamblea de Fernando Cordero y de Gabriela Rivadeneira, así como también fue planteada ante el bloque de Alianza País. Ninguno de ellos respondió.

Otro de los argumentos de postergación fue que debía esperarse la sentencia de la Corte Constitucional (la Corte en adelante) sobre el caso de la Cocha 2. Tanto Jalkh como los miembros de la Comisión señalaban que era fundamental interpretar el término “conflicto interno” del texto constitucional.<sup>89</sup> Mientras que el Relator Especial interpretaba los estándares internacionales en el sentido que debía atenderse primero lo que señalaba el derecho indígena con pleno respeto al derecho a la libre determinación, la postura defendida por Jalkh era muy restrictiva, limitada a cuestiones menores y ajenas a la esfera penal. Para pocos fue una sorpresa que la sentencia de la Corte sobre el caso de la Cocha 2, el 30 de julio de 2014, coincidiera en lo esencial con la postura del gobierno.

A pesar que el texto del proyecto de ley que tenía la Comisión para un segundo y definitivo debate seguía buscando apegarse a la interpretación amplia y flexible que señaló James Anaya, era evidente que la sentencia de la Corte avalaba la posición restrictiva del gobierno y del Consejo de la Judicatura. Los integrantes de la Comisión se reunieron con académicos y líderes indígenas para decidir si seguían la interpretación de la Corte o mantenían la línea inicial del proyecto de ley, pero admitían que las posibilidades de su aceptación por el CAL, la mayoría de Alianza País y el Presidente Correa eran todavía más remotas tras dicha sentencia.<sup>90</sup>

Para complementar esta sección sobre los procesos políticos, a continuación se realiza un breve análisis de la sentencia de la Corte sobre el caso la Cocha 2, considerado un hito negativo para el reconocimiento y la vigencia efectiva de la justicia indígena.

## 7. LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CASO LA COCHA 2

Antes de abordar el análisis de la sentencia, es importante destacar que el reconocimiento de los derechos colectivos dentro del bloque de constitucionalidad de varias constituciones de América Latina otorga un nuevo rol al sector judicial en su defensa.<sup>91</sup> En el plano regional, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos

<sup>89</sup> Jalkh expuso esta problemática ante el Presidente de la Corte Constitucional durante una reunión el 28 de mayo de 2013. Ver *supra* n. 87.

<sup>90</sup> Ver *supra* n. 88.

<sup>91</sup> R. Sieder, “The judiciary and indigenous rights in Guatemala”, 5(3) *International Journal of Constitutional Law* (2007), p. 5.

como la Corte Constitucional de Colombia han jugado un rol clave en la creación de “una jurisprudencia multicultural”<sup>92</sup> y abierto camino para construir un concepto multicultural de derechos humanos que integra visiones indígenas de dignidad humana.<sup>93</sup> Por ejemplo en los años 90, la Corte de Colombia elaboró una doctrina de “mínimos jurídicos” para castigos que tanto la justicia ordinaria como la justicia indígena deben respetar; también sobre el alcance del debido proceso y mecanismos de diálogo intercultural para interpretar presuntas violaciones de derechos humanos.<sup>94</sup>

En el caso de Ecuador, la Corte emitió en julio 2014 una sentencia en materia de justicia indígena, conocida como La Cocha 2, que estipula por primera vez normas de aplicación obligatoria para autoridades indígenas, administrativas y jurisdiccionales, así como medios de comunicación públicos, privados y comunitarios. Entre académicos expertos en pluralismo jurídico, esta sentencia es considerada un serio retroceso para la jurisprudencia multicultural. Un análisis jurídico técnico de profundidad sobre esta sentencia excede el alcance del presente artículo, sin embargo planteamos algunos elementos de reflexión.

### 7.1. ANTECEDENTES Y CONTEXTO

Un antecedente importante es que en esta comunidad de La Cocha, provincia Cotopaxi, las autoridades indígenas juzgaron en 2002 un primer caso de asesinato de acuerdo con el derecho propio y luego, por acción de una de las partes afectadas, pasó al sistema ordinario de justicia. El juez del juzgado tercero de la penal declaró la nulidad de lo actuado por el fiscal, que presentó un dictamen acusatorio, en virtud que el delito ya había sido juzgado en conformidad con la constitución de 1998 y el Convenio 169 de la OIT.<sup>95</sup> Hasta 2014 este caso fue el ejemplo de reconocimiento del derecho indígena por la justicia ordinaria. En 2010, en la misma comunidad, las

<sup>92</sup> F. Gómez, “Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective: The Approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights”, 36 *Human Rights Quarterly* (2014), p. 724.

<sup>93</sup> De hecho, de Sousa Santos argumenta que es importante reconocer las fragilidades actuales de pensamiento convencional de derechos humanos y propone una concepción contra-hegemónica y multicultural de derechos humanos que se debe construir mediante la integración de los llamados “epistemologías del sur” o visiones y percepciones localmente ancladas en formas de conocimientos de grupos que han sido excluidos, silenciados y marginalizados por el colonialismo y el capitalismo. Los pueblos indígenas son considerados ejemplo supremo de estas epistemologías al margen. Ver: B. De Sousa Santos, *Epistemologies of the South. Justice against Epistemicide* (Boulder, London, Paradigm Publishers, 2014).

<sup>94</sup> Ver casos: Sentencia ST-349/1996 y Sentencia 523/1997. Ver también: E. Sánchez Botero, *Justicia y Pueblos Indígenas en Colombia. La tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural* (Colombia, Universidad Nacional de Colombia, 2004).

<sup>95</sup> Ver documental “Caso la Cocha/Cotopaxi, 2002”, elaborado por la OACDH y el Ministerio Coordinador de Patrimonio, <<https://vimeo.com/46904635>>.

autoridades indígenas juzgaron otro caso de asesinato, La Cocha 2, pero su desenlace fue muy distinto.<sup>96</sup>

Como se mencionó, este caso recibió la mayor cobertura mediática en el país en últimos años y calificó los castigos como salvajes, bárbaros y contrarios a los derechos humanos. Además, después de pronunciamientos públicos por parte del Presidente Correa, el MJDH y la Fiscalía de la Nación, intervinieron pidiendo a las cinco personas juzgadas de entregarse a la justicia ordinaria. En el marco de este caso tres actores acudieron ante la Corte. Primero, el Juzgado Tercero de lo Penal de Cotopaxi, que remitió una consulta sobre la constitucionalidad de los Artículos 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal; las personas sancionadas por las autoridades de la comunidad La Cocha, que presentaron una acción extraordinaria de protección y finalmente el Presidente de la República, que solicitó la interpretación del Artículo 171 de la constitución y que sostenía que las autoridades indígenas no tienen competencia para conocer casos penales y en los que sea parte el Estado.<sup>97</sup>

Cuatro años después del asesinato, la Corte emitió su sentencia y según su presidente esta decisión “marca un antes y un después en la vigencia y aplicación de la Constitución de la República del Ecuador en el campo de los derechos colectivos de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y la administración de la justicia”.<sup>98</sup> Por el contrario, el largo silencio y omisión de la Corte ha sido descrito por analistas como una “una forma insidiosa de resolver los conflictos constitucionales”.<sup>99</sup>

La presión sobre la Corte para definir el ámbito de aplicación, los principios y el desarrollo de la justicia indígena aumentó sustancialmente en 2013 tras la matanza de indígenas Tagaeri-Taromenane –pueblo en aislamiento voluntario– y el secuestro de dos niñas sobrevivientes a manos de indígenas Waorani en la provincia de Orellana. Este caso, con amplia cobertura mediática por meses, generó un gran debate entre antropólogos, juristas y operadores de justicia sobre cómo sancionar el hecho si los autores son indígenas en contacto inicial y la venganza es aceptada en su cultura de pueblo guerrero. Ante este nuevo conflicto socio-político, la OACDH en Ecuador facilitó un diálogo del Relator Especial Anaya con varias autoridades del gobierno y de la Fiscalía General de la Nación para orientar su trabajo. En su nota de prensa de marzo 2013, Anaya recalcó que el caso no podía quedar en la impunidad y pidió al Estado realizar una investigación a fondo en coordinación con el pueblo Waorani y el

<sup>96</sup> Por un análisis profundo de ambos casos ver: C. Poveda, “La Cocha: 2002–2010 retrocesos en un estado constitucional de derechos, justicia, social, democrático, soberanía, independiente, unitario, intercultural plurinacional y laico”, *Novedades Jurídicas* (Año VII, 2010) y R. Llasag, “Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha”, en B. de Sousa Santos y A. Grijalva Jiménez (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Quito, Fundación Rosa Luxembourg/Abya-Yala, 2012), pp. 321–372.

<sup>97</sup> Llasag, *ibid.*, p. 344–345.

<sup>98</sup> Corte Constitucional del Ecuador, “Corte Constitucional del Ecuador emite sentencia en el caso La Cocha”, *Boletín de prensa 058* (30 de julio de 2014), p.1.

<sup>99</sup> *Supra* n. 60, p. 43.

apoyo de peritos antropológicos.<sup>100</sup> A su vez, en el proceso de judicialización debía prevalecer una visión intercultural de los derechos humanos y explorar la existencia de normas y procedimientos del sistema de justicia indígena aplicables. En marzo 2014, el Juez de Garantías Penales de Orellana, a solicitud del Fiscal General, remitió una consulta a la Corte sobre la aplicabilidad de la pena, que sería de 16 a 25 años de cárcel, conforme al Artículo 441 del Código Penal. En el momento de la consulta, 17 indígenas Waorani fueron procesados y seis estaban en prisión preventiva. El Fiscal General declaró “Queremos con esta consulta enviar un mensaje claro al pueblo Waorani de que buscamos entender su cultura y que esta zona sea de paz”<sup>101</sup>; la cárcel tampoco forma parte de las normas y procedimientos legal entre los Waorani.

Ante este contexto, era imperativo un pronunciamiento en el caso de la Cocha 2. Todos los actores involucrados en temas del pluralismo jurídico, tanto políticos, legislativos, juristas y académicos, coincidieron en la urgencia que la Corte ilumine la zona gris de interpretación del alcance de las normas establecidas en la constitución.

## 7.2. VISION RESTRICTIVA SOBRE LA COMPETENCIA MATERIAL

El clima político en el que la Corte debió actuar fue considerado por los defensores de derechos de pueblos indígenas como desfavorable para una sentencia en la línea de la jurisprudencia multicultural. Por tanto no fue una sorpresa que la Corte siguiera la postura del Presidente Correa y Gustavo Jalkh y concluyera que “La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del Sistema de Derecho Penal Ordinario, aún en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro del ámbito territorial de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena”. Mientras la competencia de la justicia indígena se limita a “conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.”

## 7.3. ¿Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE PUEBLOS INDÍGENAS?

La Corte ordenó también que “Las autoridades de justicia penal ordinaria, en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, aplicarán obligatoriamente lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.” Esta

<sup>100</sup> Relator Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas, *Experto de la ONU pide el fin de la violencia entre indígenas Tagaeri-Taromeane y Waorani*, 16 de mayo de 2013. Disponible en: <<http://unsr.jamesanaya.org/statements/ecuador-experto-de-la-onu-pide-el-fin-de-la-violencia-entre-indigenas-tagaeri-taromenane-y-waorani>>.

<sup>101</sup> “El caso Tagaeri-Taromenane, a consulta a la CC”, *El Comercio*, 25 de marzo de 2014. Disponible en: <[www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/caso-tagaeri-taromenane-a-consulta.html](http://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/caso-tagaeri-taromenane-a-consulta.html)>.

disposición no solo genera dudas sobre por qué la Corte no desarrolló el alcance práctico de esta obligación, sino también sorprende porque la Corte negó y omitió toda referencia a las diversas recomendaciones que el Relator Especial sobre derechos de los pueblos indígenas emitió a lo largo de los años. También omitió referirse a lo establecido en otros instrumentos internacionales de derechos humanos como la Declaración. La Corte omitió también mencionar las observaciones y comentarios generales de los comités de los tratados internacionales como CERD y el Comité de Derechos Humanos, así como los informes y recomendaciones provenientes de los pronunciamientos del Mecanismo de Expertos de la ONU y el mencionado Relator Especial, cuya contribución ha sido esencial para crear un entendimiento común sobre el alcance y la comprensión de los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocido por el sistema universal de la ONU, por ejemplo el Convenio 169 de la OIT. La Corte tampoco discutió los avances jurisprudenciales desarrollados en esta materia en otros países como Colombia.

Conforme con lo señalado en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte solicitó dos peritajes antropológicos; uno fue elaborado por la antropóloga colombiana Esther Sánchez y otro por un sacerdote ecuatoriano Pedro Torres. Sin embargo, es también llamativo que la Corte no ha incorporado los hallazgos del cuerpo extenso de estudios antropológicos jurídicos con respecto a las experiencias de coordinación desde abajo en Ecuador.

Además, es preocupante la composición entre los jueces que integraron la Corte Constitucional al momento de la decisión no hubo ningún juez indígena. Es decir, esta sentencia emblemática que va a guiar todas las políticas judiciales del país en materia de derechos de los pueblos indígenas fue tomada solo por jueces de una cultura mestiza y occidental, no intercultural.

## 8. OBSERVACIONES Y CONCLUSIONES FINALES

A primera vista Ecuador se presenta como un caso exitoso en materia de derechos humanos y en particular de derechos de los pueblos indígenas, pues tiene una de las constituciones más avanzadas tanto en el reconocimiento de derechos humanos como de derechos colectivos de los pueblos indígenas. Sobre esa base, este artículo ha explorado respuestas al por qué, cómo y bajo qué condiciones Ecuador avanzó o no en garantizar la vigencia efectiva de las normas constitucionales e internacionales en torno al derecho de los pueblos indígenas de aplicar su derecho propio. El análisis ha buscado contribuir a una mayor comprensión de las complejidades inherentes a las interacciones entre procesos de construcción normativa interna, luchas políticas y asimetrías históricas de poder. En esta segunda vista sobre Ecuador el balance se inclina hacia el lado negativo, dado que en materia de la vigencia del derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia en sus territorios ha existido un importante retroceso respecto de los estándares constitucionales e internacionales.

La implementación de normas internacionales y nacionales es un proceso dirigido por el Estado que, en el caso de Ecuador, está compuesto por actores con muy diferentes ideologías y visiones políticas, lo cual se refleja en los procesos de elaboración

normativa. La evolución del caso de Ecuador ratifica que “es una ilusión que los derechos humanos están encima de la política”<sup>102</sup> sino que, por el contrario, es frecuente que se encuentre en el centro de luchas políticas y de poderes para determinar su alcance y contenido. Además, el presente análisis del proceso muestra que la construcción legal de relaciones de poder, en este caso el reconocimiento constitucional de la paridad de la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, no necesariamente se refleja en la relación de poder real.<sup>103</sup>

En estos últimos años, el proyecto constitucional transformador de Ecuador ha estado sujeto a “procesos de desconstitucionalización”<sup>104</sup> y la limitación del alcance y aplicación efectiva del derecho a la justicia indígena ha sido uno de los objetivos para frenar transformaciones profundas del país. La postura de la Corte Constitucional no es sólo una oportunidad perdida para la garantía y vigencia efectiva del derecho colectivo a la administración de justicia indígena sino un importante retroceso para el proyecto del Estado plurinacional e intercultural.

La experiencia ecuatoriana hace más apremiante la pregunta sobre cuáles son las condiciones necesarias y las medidas más efectivas para que Estados logren acortar la brecha de implementación de los derechos de los pueblos indígenas. ¿Emitir una ley que regule la relación entre jurisdicción indígena y jurisdicción ordinaria dará más garantías para que el Estado respete y proteja el ejercicio del derecho propio por parte de autoridades indígenas? Por lo general, legislar sobre demandas de derechos humanos genera expectativas infundadas respecto a que el Estado dará respuestas efectivas a problemas sociales y económicos porque se pronunció el sistema legislativo.<sup>105</sup> Además, en materia de justicia indígena, una ley para regular la coordinación desde arriba genera una dicotomía entre el sistema jurídico ordinario y los sistemas de justicia indígenas, mientras que desde abajo, en el terreno, las lógicas en la coordinación son más fluidas.<sup>106</sup>

Ante la realidad de conflictos políticos en torno al respeto de la aplicación de justicia indígena, la actual Relatora Especial para los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, ha subrayado que cualquier conflicto potencial que pueda surgir entre el sistema legal nacional y la justicia tradicional indígena deberá ser solucionado conjuntamente entre el Estado y los pueblos indígenas y con pleno respeto a los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.<sup>107</sup> Esto no será tarea fácil dada la histórica asimetría de poder entre los Estados y los pueblos indígenas, sin embargo es indispensable para lograr cerrar la brecha entre la obligación legal y el cumplimiento efectivo de los derechos de los pueblos indígenas.

<sup>102</sup> M. Ignatieff, *Human rights as politics and idolatry* (Princeton, Princeton University Press, 2001).

<sup>103</sup> Ver: *supra* n. 10, p. 5.

<sup>104</sup> Ver: *supra* n. 60, pp. 16–17.

<sup>105</sup> Ver: *supra* n. 2, p. 352.

<sup>106</sup> Ver: *supra* n. 20, p. 68.

<sup>107</sup> Citado en, Todd Howland, Detener a Feliciano Valencia en la cárcel parece una ficción de Kafka, *La Semana*, 22 de octubre de 2015. Ver: <[www.semana.com/opinion/articulo/detencion-de-feliciano-valencia-viola-los-derechos-humanos-la-jurisdiccion-indigena/446996-3](http://www.semana.com/opinion/articulo/detencion-de-feliciano-valencia-viola-los-derechos-humanos-la-jurisdiccion-indigena/446996-3)>.

**Editorial Office / Oficina editorial**

Ghent University  
Faculty of Law  
Universiteitstraat 4  
9000 Ghent  
Belgium  
Telephone: +32 9 264 68 21  
Telefax: +32 9 264 69 95  
E-mail: [iaehr-journal@UGent.be](mailto:iaehr-journal@UGent.be)

**Guidelines for authors / Directrices para autores**

Manuscripts must be written in English (UK spelling) or Spanish and will be published in the language in which they are submitted. Articles should average between 5,000 and 15,000 words in length, including footnotes. However, shorter contributions and longer ones may be considered for publication.

For an exact manuscript format, please visit [www.iaehr-journal.org](http://www.iaehr-journal.org).

Los manuscritos deben ser escritos en español o inglés (ortografía Reino Unido) y serán publicados en la lengua en la que fueron entregados. Los artículos deben contener entre 5,000 y 15,000 palabras, incluido los pies de página. De todas maneras, contribuciones más cortas serán aceptadas y contribuciones que excedan el máximo de palabras pueden ser consideradas para publicación.

Para el formato exacto del manuscrito por favor visitar: [www.iaehr-journal.org](http://www.iaehr-journal.org).

Permission to photocopy must be obtained from the copyright owner / Autorización para reproducción debe ser dirigido al propietario de los derechos de autor.

Please apply to / Por favor dirigirse a: Intersentia, Groenstraat 31, 2640 Mortsel, Belgium.

© 2016 Intersentia Cambridge – Antwerp  
[www.intersentia.com](http://www.intersentia.com)

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without prior written permission from the publishers / Reservados todos los derechos. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, guardada en un sistema de recuperación, o transmitida en cualquier forma o por cualquier manera; electrónica, mecánica, por fotocopia, por grabación o de otra manera, sin autorización previa y por escrito del editorial.

**Citation / Citación**

The journal may be cited as / La revista es citada como: *Int.Am. & Eur.Hum.Rts.J. / Rev.Int.Am.& Eur.D.H.*

The Inter-American & European Human Rights Journal is produced with financial assistance under the ALFA programme of the European Union (Latin America, Academic Training)

La Revista Interamericana & Europea de Derechos Humanos es producida con la asistencia financiera del programa ALFA de la Unión Europea (Formación académica, Latinoamérica)

ISSN 2030-7942